

翻 訳

ドイツ倒産法の施行の前後における 有限会社取締役の義務と責任

ハルトウィヒ・ヘンツェ
＝カレン・パウアー
近 藤 隆 司 訳*

目 次

- A 法律の規定
- B 有限会社法64条1項に関する問題点
 - I 支払不能および債務超過という要件事実
 - II 取締役が複数いる場合の倒産申立義務
 - III 3週間という申立期間の起算点と裁判外で再建を試みる義務
 - IV 取締役の責任の拡大
 - V 有限会社法64条1項と結びついた民法823条2項に基づく損害賠償請求権の算定とその行使
- C 有限会社法64条2項に関する問題点
 - I 有限会社法64条2項の意味における支払い
 - II 取締役の責任と否認
 - 1 倒産管財人の倒産特有義務
 - 2 倒産財団および倒産債権者のために否認をする義務
 - 3 取締役のために否認をする義務？
 - a) 取締役と否認の相手方との間の内部関係における責任
 - b) 内部調整の可能性
 - c) 結論
 - 4 残された問題

* 原典は、Hartwig Henze/Karen Bauer, Pflichtenstellung und Haftung des GmbH-Geschäftsführers im früheren und gegenwertigen Insolvenzrecht, in Ködner Schrift zur Insolvenzordnung, hrsg vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen eV, Köln, 2 Aufl, 2000, S1311 ff 本論文の翻訳を快諾してくださった出版社（Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis）および出版社との仲介の労を執っていただいたケルン大学Hans Prutting 教授に心より感謝したい。なお、ドイツ倒産法の条文については、木川裕一郎・ドイツ倒産法研究序説（成文堂、1999年）267頁以下に訳出されているので参照されたい。

A 法律の規定

従来は、有限会社が支払不能または債務超過に陥った場合、その取締役は、有責な遅滞なく、遅くとも支払不能または債務超過の発生後3週間以内に、破産手続または和議手続の開始を申し立てる義務を負い、ただし、**通常の営業者の注意をもって和議手続の開始に努めていたときは**、破産等の申立てについて有責な遅滞はないものとされていた（有限会社法旧64条1項）。

1999年1月1日に倒産法が施行されてからは（倒産法施行法110条）、有限会社が支払不能または債務超過に陥った場合、その取締役は、有責な遅滞なく、遅くとも支払不能または債務超過の発生後3週間以内に、倒産手続の開始を申し立てなければならなくなった（倒産法施行法48条7号による有限会社法64条1項）。その例外はない。すなわち、従来は、通常の営業者の注意をもって和議手続の開始に努めていたならば、破産等の申立てについて有責な遅滞はないものとされていたのであるが、この例外は削られたのである。これは同時に、裁判外における再建の試みについても、3週間の申立期間（Antragsfrist）を超えることは許されないことを明確にしている⁽¹⁾。

取締役は、会社が支払不能に陥った後または債務超過が確定した後、通常の営業者の注意に合致しない支払いをしたときは、会社に対し、支払相当額を賠償する義務を負う（有限会社法64条2項）。この条項の文言は、倒産法の施行後も、従来と同様である。

(1) 政府草案38条3号の理由書（BT-Drucks 12/3803, S81-83）参照。政府草案46条7号の理由書（S86-90）がこれを参照するように指示しているためである。これらは、Uhlenbruck, Das neue Insolvenzrecht, S945 und 972に収録されている。

B 有限会社法64条1項に関する問題点

I. 支払不能および債務超過という要件事実

有限会社法64条1項の要件事実とは、従来と比べて、その内容が明確になった。すなわち、倒産手続の**開始原因**（倒産法16条）としては、支払不能（倒産法17条）と債務超過（倒産法19条）とがあり、これらは従来の破産法においてすでに認められていたところであるが（破産法102条1項・207条1項・209条・213条、有限会社法旧63条1項）、倒産法では、新たなものとして、**差し迫った支払不能**（drohende Zahlungsunfähigkeit）（倒産法18条）が付け加えられたことである。

倒産法は、すべての倒産原因について**法律上の定義**を用意している。

第1に、債務者が期限の到来した支払義務を履行しうる状態にない場合、債務者は支払不能であり、原則として債務者がその支払いを停止したときに、債務者は支払不能であると認定されることである（倒産法17条2項）。

第2に、債務者が現存する支払義務をその期限到来時に履行しうる状態にないと思込まれる場合、支払不能が差し迫っていることである（倒産法18条2項）。この付加された開始原因は、支払不能の概念について、一定の時点における弁済資金の欠乏に限定して理解することに反対する見解を顧慮したものである。すなわち、すでに破産法の下において、支払不能とは一定の時点における弁済資金の欠乏（Zeitpunkt-Illiquidität）を意味するだけでなく、一定の期間における弁済資金の欠乏（Zeitraum-Illiquidität）をも意味するものであるとの見解が主張され、この見解によれば、債務者が期限の到来した金銭債務と、やがて期限の到来する金銭債務とを弁済しうる状態にない場合、債務者は支払不能であるとされていたのである⁽²⁾。政府草案の理由書（Begründung zum Regierungs-

(2) Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 102 Rn 2, Kilger/Karsten Schmidt, KO, § 102 Anm 2a, Karsten Schmidt, Gutachten zum 54 Deutschen Juristentag, D 60 f, Kilger, ZIP 1982, 779, 781 参照。

entwurf)⁽³⁾によると、差し迫った支払不能であるか否かを判断するに際しては、現存する全負債の期限が到来するまでの間に、債務者の経済状態が一体全体どのように推移するか、その予測⁽⁴⁾が必要であるとされている。すなわち、一方では、現在の弁済資金と、現存する全負債の期限が到来するまでの間に獲得するであろう収益金額とを合計し、他方では、すでに期限が到来している負債額と、将来期限が到来する負債額とを合計し、両者を対照しなければならないのである。もっとも、倒産法には——重要な——調整装置が備え付けられている。すなわち、差し迫った支払不能を倒産原因とする倒産手続の開始は、——倒産法13条とは異なり——債務者が申し立てる場合においてのみ認められることである。こうすることで、倒産間近にある債務者に対し債権者が倒産の申立てを通じてその弁済を迫ることを防止することができるのである⁽⁵⁾。

第3に、債務者の財産が現存する負債をもはや填補しない場合、債務者は債務超過である（倒産法19条2項1文）。よって、倒産法は、清算価値で評価した資産と負債とを対照して債務超過の有無を確定するものであると考えられる（いわゆる**計算上の債務超過**）⁽⁶⁾。これが基本原則である。ただし、企業の継続が諸事情から高度の蓋然性をもって見込まれる場合には、この基本原則は通用しない。すなわち、企業が経済的に存立能力を有し、かつ、その継続が意図されている場合には、清算価値を基礎とすべきではなく、継続原則に従い、**継続価値**を基礎とすべきである（倒産法19条

(3) Begr zu § 22 RegE (BR-Drucks 1/92) これは、Uhlenbruck, 前掲注(1), S317 に収録されている。

(4) これについては、Karsten Schmidt, Gutachten 前掲注(2), D61, Kilger/Karsten Schmidt, 前掲注(2), § 102 Anm 2a 参照。

(5) Begr zu § 22 RegE (BR-Drucks 1/92) これは、Uhlenbruck, 前掲注(1), S317 に収録されている。

(6) 計算上の債務超過については、BGHZ 119, 201, 213 f, 125, 141, 146, 126, 181, 199 参照。

2項2文)⁽⁷⁾。しかし、学説において発達し⁽⁸⁾、判例も採用するに至った⁽⁹⁾二段階的債務超過概念（*zweistufige Überschuldungsbegriff*）は、倒産法に導入されなかった。より正確に言えば、選択的債務超過概念（*alternative Überschuldungsbegriff*）に置きかえられたのである。このことは、政府草案の理由書⁽¹⁰⁾において明確に記されている。すなわち、企業の存立能力に関する予測は、ある程度性急に判断しなければならないものであるため、肯定的な予測が立つだけでは、債務超過の認定を免れることはなく、そうした予測が諸事情から確実視される場合に限り、継続価値を基礎とする財産評価が許される、と。したがって、債務超過か否かの確定は、常に、（積極）財産と債務との対照に基づいて行われるのである。

立法者は、従来と同様、支払不能の発生後または債務超過の確定後に限り、取締役が倒産申立義務および支払賠償義務が生じることとしている。倒産法18条の意味における差し迫った支払不能が認定されただけでは、そのような義務は生じない。倒産法は、この意味において、破産法102条に関する論争、すなわち、支払不能とは一定の時点における弁済資金の欠乏を意味するものか、あるいは一定の期間における弁済資金の欠乏をも意味するものかという論争に対して、明確な意思決定をしたのである。

II. 取締役が複数いる場合の倒産申立義務

有限会社に取締役が複数いる場合には、定款に特別の定めがあるときを

(7) Begr zu § 23 RegE (BR-Drucks 1/92) これは、Uhlenbruck, 前掲注(1), S319 に収録されている。加えて、Uhlenbruck, ZIP 1980, 73, 82, Kuhn/Uhlenbruck, 前掲注(2), § 207 Rn7 参照。

(8) Karsten Schmidt, AG 1978, 337 ff, ders., ZIP 1980, 233, 236, Kilger/Karsten Schmidt, 前掲注(2), § 102 Anm2b

(9) BGHZ 119, 201, 214 f, 125, 141, 146, 126, 181, 199 これについては、Uhlenbruck, ZIP 1996, R 53/R 54 参照。

(10) Begr zu § 23 RegE (BR-Drucks 1/92) これは、Uhlenbruck, 前掲注(1), S319 に収録されている。

除き、取締役全員による——能動的——共同代表が通用する⁽¹¹⁾。

業務の執行も、取締役全員が共同して行わなければならないのが原則であるが、定款または社員総会の決議においてこれと異なる規律を設けることができるほか、——かかる規律がないときは——取締役自らが全員一致の決議を通じて業務規程 (Geschäftsordnung) においてこれと異なる規律を設けることもできる⁽¹²⁾。個々の業務については、個々の取締役の業務執行権限に制約を付することも可能である。もっとも、特定の取締役が特定の業務を担当するという職務の分担を定めた場合には、各取締役は、自らが業務執行権限をもたない業務内容に関して、当該業務を担当する取締役を監視すべき一般的義務を負わなければならない⁽¹³⁾。この理は、取締役全員の共同責任に基礎を置く自己管理義務から導かれるものである。

法律が取締役に対して強制的に課している義務については、上述のような内部的職務分担の対象とすることはできない。有限会社法64条の定める要件事実が生じた後、所定の期間内に倒産手続の開始を申し立てる義務、および倒産財団を縮減する支払いをしない義務は、会社債権者を保護するために課されたものであるから、そういった義務に属するものである。したがって、各取締役が負うべきそういった責任を一人または特定の取締役に委ねるような職務の分担は、もちろん違法である。そこで、実際に問題となるのは、原則として他人に委ねることができず、もっぱら各取締役において法律に従い企業を指揮すべき義務に属する職務を、各取締役がきち

(11) 有限会社法35条2項2文。この規律の仕方については、BGH, Urt v1961975-II ZR 170/73 = NJW 1975, 1741, RGZ 164, 177, 182 f, *Baumbach/Hueck/Zollner*, GmbHG, § 35 Rn 54, *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 35 Rn 33, *Scholz/UHSchneider*, GmbHG, § 35 Rn 64 f 参照。

(12) *Baumbach/Hueck*, 前掲注(11), § 37 Rn 16, *Lutter/Hommelhoff*, 前掲注(11), § 37 Rn 28 f 加えて, *Scholz/UHSchneider*, 前掲注(11), § 37 Rn 21 ff, § 43 Rn 34 f 参照。

(13) BGH, Urt v871985 - II ZR 198/84 = ZIP 1985, 1135, 1136 f, Urt v2031986 - II ZR 114/85 = WM 1986, 789, Urt v131993 - II ZR 81/94 = ZIP 1994, 891, 892, Urt v2661995 - II ZR 109/94 = ZIP 1995, 1334, 1336

んと遂行したか否かである。したがって、他の取締役に適法に委ねられた職務内容について監視および管理すべき義務をきちんと履行したか否かの判断に際して、当該職務内容が有限会社法64条と関連するまたは関連しうる場合には、特に**厳格な基準**があてがわれなければならないのである⁽¹⁴⁾。

有限会社法35条2項2文の規定とは異なる**代表規律**（Vertretungsregelung）は、破産法208条1項および有限会社法63条2項に照らすと、**何の意味もなかった**。なぜなら、破産法208条1項および有限会社法63条2項によれば、各取締役は、単独で、破産手続の開始申立てをすることができたからである。これに対して、和議手続の開始申立ては、代表しうる数の取締役でなければすることができなかった⁽¹⁵⁾。倒産法は、和議手続をなくしたことに伴い、そのような違いをなくし、各取締役の倒産申立権を認めるのみである（倒産法15条1項）。ただし、倒産法は、差し迫った支払不能という新たな開始原因——有限会社法64条1項の定める強制的申立原因には数えられないもの——については、ある制約を課している。すなわち、倒産の申立てが取締役全員によるものではない場合には、一人または複数の申立人において有限会社を代表する権限を有するときでないと、差し迫った支払不能に基づいて倒産手続を開始することができないことである（倒産法18条3項）。

Ⅲ. 3週間という申立期間の起算点と裁判外で再建を試みる義務

有限会社法64条1項の文言によれば、倒産の申立てをしなければならぬ3週間という期間の起算点は、支払不能または債務超過の発生に結びつけられている。

判例は、この点について、当該期間は、債務超過の場合には、業務執行

(14) BGH, Urt v 13.1993, 前掲注(13), S 892

(15) *Baumbach/Hueck*, 前掲注 (11), § 63 Rn 51, *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 63 Rn 116 (Fn 8に和議法に関する文献あり), *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, § 63 Rn 82, *Lutter/Hommelhoff*, 前掲注(11), § 63 Rn 11

機関が債務超過を積極的に認識した時点から進行を開始するものと解している⁽¹⁶⁾。判例は、その根拠について、当該期間はそう解されてのみ、企業を救出すべき再建の試みを可能にするというその目的を達成することができると述べている。判例は、業務執行機関が倒産状態の発見を過失により遅延し、その限りにおいてすでに損害賠償義務を負うべき場合においても、この可能性を認めており、首尾一貫している。

支払不能の場合における期間の開始については、連邦通常裁判所の判例は存在しない。学説においては、支払不能の発生によるべきか、あるいは——債務超過の場合と同じく——業務執行機関がその発生を認識したことによるべきか⁽¹⁷⁾の争いがある。

この論争は、倒産法の規律においても変わるところはない。

法律は、取締役に対し、「有責な遅滞なく」所定の行為をする義務を課し、しかし、その行為期間を3週間に限定している⁽¹⁸⁾。当該猶予期間において、裁判外での再建の努力も許されるかどうかは、争いがある⁽¹⁹⁾。周知のように、当該猶予期間は、裁判外での再建の努力のために使われている⁽²⁰⁾。連邦通常裁判所は、これを取締役の権限として認めた上で、取締役は、通常かつ良心的な企業指揮者の注意をもって、倒産手続という抜本的

(16) BGHZ 75, 96, 110 f, BGH, Urt v 97 1979 – II ZR 211/76 = WM 1979, 853, 856
これに対する批判として, *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(2), § 103 Rn 11, *Scholz/Karsten Schmidt*, 前掲注(15), § 64 Rn 18 参照。これらは、債務超過を基礎づける数値とその事実が明らかであればそれで足りるものと解している。

(17) *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, 前掲注(11), § 64 Rn 9, *Lutter/Hommelhoff*, 前掲注(11), § 64 Rn 3, *Hachenburg/Ulmer*, 前掲注(15), § 64 Rn 25, *Rowedder, GmbHG*, § 64 Rn 8, *Schulze-Osterloh*, AG 1984, 143 反対するのは, *Scholz/Karsten Schmidt*, 前掲注(15), § 64 Rn 14, 18, *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(2), § 103 Rn 11

(18) 申立期間導入の背景については, *Scholz/Karsten Schmidt*, 前掲注(15), § 64 Rn 16, 加えて, *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(2), § 103 Rn 11, *Uhlenbruck*, ZIP 1980, 73 参照。

(19) 肯定するのは, *Scholz/Karsten Schmidt*, 前掲注(15), § 64 Rn 16, 否定するのは, *Uhlenbruck*, ZIP 1980, 73 f

(20) *Uhlenbruck*, ZIP 1980, 73, 74, 76 参照。

な措置以外に、会社、社員、会社債権者および公共の損害を回避しうる方法がないかどうかを検討する義務があるものと解している⁽²¹⁾。

この状況は、破産法および和議法から倒産法への改正ないし改編によっても、基本的に変わるところはない。有限会社法64条1項の定める期間は、もっぱら裁判上の再建可能性を検討するために使われるべきものであるするなら⁽²²⁾、この検討にあたっては、倒産法に導入された、和議法に代わる**倒産処理計画**に関する規律を通じて、本質的に**柔軟な枠組み**があてがわれることになる⁽²³⁾。これに対して、実務に沿った判例の解釈と同様、裁判外での再建を努力する義務を承認するなら、裁判外での再建の努力は倒産と直結し、失敗したら倒産手続は必至となり、倒産手続においては、倒産処理計画を作成する権利が認められることとなる。もっとも、倒産処理計画においては、別除権付債権者および倒産債権者の満足、倒産財団の換価、関係人に対する配当ならびに倒産手続終了後の債務者の責任について柔軟に定めることができること（倒産法217条参照）と、差し迫った支払不能という開始原因に関する規律（倒産法18条）からして、会社代表者は、従来よりもずっと早い時点で、倒産手続の開始を決意することが可能となる。そこで、倒産には至っていないが、倒産が間近に迫っていることが明らか場合には、会社代表者は、手続法上の対策を講ずべき立場に置かれることとなる⁽²⁴⁾。

(21) BGHZ 75, 96, 107 ff, BGH, Urt v 97/1979 – II ZR 211/76 WM 1979, 853, 855 f 裁判外での再建の試みから生ずる危険については、Uhlenbruck, ZIP 1996, R 54 参照。加えて、1998年4月20日の資本調達容易化法（KapAEG）（BGBl – I S 707）2条による有限会社法32条a 3項3文参照。これも同じくこの「再建思想（Sanierungsgedanke）」に基づくものである。

(22) Uhlenbruck, ZIP 1980, 73 f 参照。

(23) 倒産法217条以下。これについては、Begr RegE zum 6 Teil(BR-Drucks 1/92)参照。これは、Uhlenbruck, 前掲注(1), S 586 f に収録されている。

(24) Uhlenbruck, 前掲注(1), S 40 f, ders, in Der Wirtschaftstreuhänder, S 16, 20 参照。

IV. 取締役の責任の拡大

有限会社法64条1項の規定は、もう長いこと、民法823条2項の意味において、会社債権者のための**保護法律**であると解されている⁽²⁵⁾。有限会社法64条1項の目的は、倒産原因が生じた時点で存在する責任財産を旧債権者のために維持することと、新債権者の損害を回避することである⁽²⁶⁾。ここから生じる取締役の責任は、**旧債権者** (Altgläubiger) ——倒産手続の開始申立てがなされなければならなかった時点においてすでに債権を有していた会社債権者——に対しては、適時に倒産の申立てがなされていたならば得られたであろう**配当額**と、倒産の申立てが遅滞したことにより減少してしまった配当額との差額に**限定される**⁽²⁷⁾。ところで、**新債権者** (Neugläubiger) ——倒産の申立てがなされなければならなかった時点以後に契約上の請求権を有するに至った会社債権者——の損害賠償請求権についても、その債権の取得時において倒産の申立てが適時になされていたならば得られたであろう配当額が、その限度額と解されてきた⁽²⁸⁾。近時、連邦通常裁判所は、新債権者に関する部分についてのみであるが、そのような解釈を変更した。今や、新債権者には、債務超過または支払不能の状態にある会社との間の法律関係において生ずる**全損害**の賠償を求める請求権⁽²⁹⁾、あるいは破産の状態にある企業との間で契約を締結しなかったならば得られたであろう状態にすることを求める請求権⁽³⁰⁾が認められるのである。判例の変更は、——正当にも——**取締役の責任の拡大**であると一般的に評価されている⁽³¹⁾。もっとも、連邦通常裁判所としては、有限会社の倒

(25) BGHZ 29, 100, 102 ff, 100, 342, 361

(26) Uhlenbruck, ZIP 1980, 73 (文献付き)

(27) いわゆる配当損害 (Quotenschaden)。その基礎となったBGHZ 29, 100, 102 ff 参照。

(28) BGHZ 29, 100, 107, 100, 19, 23 ff

(29) BGHZ 126, 181, これを踏襲するのは、BGH, Urt v 7 11 1994 – II ZR 138/92 = ZIP 1995, 31, Urt v 7 11 1994 – II ZR 8/93 = ZIP 1995, 124, Urt v 7 11 1994 – II ZR 108/93 = ZIP 1995, 211

(30) BGH, Urt v 7 11 1994 – II ZR 108/93 = ZIP 1995, 211, 212

(31) さしあたり、Kubler, ZGR 1995, 481 ff, 504, Bork, ZGR 1995, 505 ff, 528, さらに、Uhlenbruck, ZIP 1996, R 53 参照。

産における取締役の責任に関するその判例の変更をもって、自己の経済的利益（wirtschaftliche Eigeninteresse）を根拠に契約締結上の過失に基づく会社代表者の責任を導く法律構成から、きっぱりと脱却しようとしただけなのであった。この法律構成は、社員兼取締役が有限会社に関与しているという徴表があてがわれてきたものの、有限会社法13条2項の責任制限と相容れないように思える。また、この法律構成は、とても狭い範囲でしか認められていなかったものの、「自己の経済的利益」について適当な定義づけがなされなかったため、個々の事例においてはさておき、首尾一貫した方向——ただし、有限会社法13条2項と相容れない場合を除き、できる限り取締役の責任を追及しようとする点では首尾一貫した方向がみられた——で推し進めることができないカズイスティック（Kasusstick）に墮ちるおそれがあったのである。このような代表者責任が本当に——連邦通常裁判所がその当時すげなく述べているように⁽³²⁾——理論的に脆弱なものであり、そのため有限会社法64条1項に立ち返る必要があるものかどうか、あるいは、このような代表者責任に一定の修正を加えただけで——有限会社法64条の規定する人的義務づけを利用した契約締結上の過失に基づく「代表者責任」の承認⁽³³⁾——、理論的に異論の余地のない解決に至るのに十分であるものかどうかは、ここでは立ち入らないことにする。いずれにせよ、新債権者に対する消極的損害賠償義務と、倒産手続の開始申立てについての有責な遅滞という法律上の徴表とを結びつける場合には、自己の経済的利益を根拠に契約締結上の過失責任を導く構成による場合よりも、損害賠償を肯定すべき事例がずっと多くなるであろう。倒産法の施行後も、このような議論の状況に変更はない。

従来と比較した場合の取締役の責任の拡大は、倒産法26条3項によりもたらされた。すなわち、債務者の財産が手続費用を支弁するのに十分では

(32) BGHZ 126, 181, 198

(33) Karsten Schmidt, GesR § 36 II 5 c (S1088)

ないことが見込まれ、かつ申立債権者（倒産法13条・14条）が倒産手続を開始するのに十分な金額を予納した（倒産法27条・26条1項2文）場合には、申立債権者は、わけでも有限会社法64条1項の定める義務に違反し、かつ有責に倒産手続の開始申立てをしなかった取締役に対し、その予納した金額の償還を請求することができることである。この規定は、倒産手続が財団不足により廃止されるべきであるが、債権者が十分な金額を予納したため廃止されない場合に準用される（倒産法207条1項）。

従来の破産法においても、手続費用を支弁する予納金の支払いにより、（破産）手続を開始し、またはその廃止を回避することができた（破産法107条1項・204条1項）。この点、倒産法54条の定める「手続の費用」という概念と、破産法58条1号および2号において使われていた「財団費用」という概念とが違うことは明らかであるが、従来の破産法には、有限会社法64条1項の意味における申立ての遅滞について責任を負うべき取締役に対し、この費用を償還すべきものとした規定はなかった。申立債権者の予納金が、旧債権者に関する配当損害の意味における損害のひとつに数えられることは、ほとんどありえない。新判例⁽³⁴⁾に従ったとしても、新債権者に償還されるべき損害のひとつに数えられることは、やはりほとんどありえない。しかるに、実務においては、有限会社法64条1項に基づく義務の一環として取締役の責任を追及するという濫用的事案が生じていた。そこで、倒産法は、取締役の責任に関して、こうした濫用を抑止するためにも、新たな帰責類型を作ったのである。この際、会社財産がすでに最初の手続段階の費用を支弁するのに十分ではないという事実には、取締役は適時に倒産手続の開始を申し立てるその義務を怠ったという推定が働く⁽³⁵⁾。この

(34) BGHZ 126, 181, これを踏襲するのは、BGH, Urt v 7.11.1994 – II ZR 138/92 = ZIP 1995, 31, Urt v 7.11.1994 – II ZR 8/93 = ZIP 1995, 124, Urt v 7.11.1994 – II ZR 108/93 = ZIP 1995, 211

(35) Begr zu § 30 RegE (BR-Drucks. 1/92) これは、Uhlenbruck, 前掲注(1), S 332 に収録されている。

ことは、破産申立義務違反に基づく取締役の責任の事例における証明責任の分配に関する連邦通常裁判所の判例と矛盾するものではない。連邦通常裁判所の判例によれば、破産申立義務の客観的要件の存在についての証明は、原則として債権者がしなければならないが、会社が支払不能または債務超過であったことが確実である場合には、取締役は、それにもかかわらず事業を継続したことについて、その当時の視点に基づいて正当化しうる事情を説明しなければならない⁽³⁶⁾。つまり、取締役には、申立ての遅滞が義務違反でも有責でもなかったと信じるに足りる特別の事情を証明して、その追及を免れる余地があるのである⁽³⁷⁾。

V 有限会社法64条1項と結びついた民法823条2項に基づく損害賠償請求権の算定とその行使

最近の連邦通常裁判所の判例の展開に見られるように、取締役の責任に関する法律原則が変わっても、配当損害との別れ⁽³⁸⁾——よって損害の算定とその主張の簡素化——には至っていない。

旧債権者については、判例の変更による影響はなく、依然として従来の判例が採用した法理が基準となる。すなわち、破産手続開始の適時申立ては、債権者のために会社財産を維持し、債権者に過大な破産損害が生じることを防止するという目的に役立つことである⁽³⁹⁾。よって、旧債権者の損害は、擬制的配当額——適時に申立てがなされていたならば配当されたであろう額——と、実際の配当額——（遅滞した）申立てを通じて配当された額——との差額である。この損害の主張は、破産管財人がするものとされていた。その詳細は、倒産法においても変わるところはない（倒産法92

(36) BGHZ 126, 181, 200

(37) Begr zu § 30 RegE (BR-Drucks 1/92) これは、Uhlenbruck 前掲注(1), S 332 に収録されている。

(38) Hirte, Abschied vom Quotenschaden, NJW 1995, 1202

(39) BGHZ 29, 100, 105

条参照)。

つい最近、連邦通常裁判所は、商品供給者が所有権を単純に留保して破産者に商品を引き渡していたため、商品供給者が取戻権(破産法43条=倒産法47条)をもつ場合において、その商品は、適時に破産の申立てがなされていたならば存在していたであろう(擬制的)破産財団のひとつに数えてはならないと解した。破産者から担保のために譲渡された債権(破産法48条・49条1項2号=倒産法50条)のうち、譲受人が換価権をもつため、その債権を積極財団から取り上げる場合も、同様である⁽⁴⁰⁾。

新債権者の損害は、連邦通常裁判所が破産法に関して明らかにした新判例によれば、信頼利益である。適時に破産の申立てをする義務をもってして、有限会社を商取引界から排除し、よって第三者が破産状態にある有限会社と契約関係をもつことにより損害を被ってしまうことを回避するという目的を(も)追求されるのであるから、新債権者は、破産状態にある有限会社と契約を締結しなかったならば存在していたであろう状態に置かれなければならない⁽⁴¹⁾。この点、倒産法の施行後も変わるところはない。

新債権者の損害額は、破産配当において填補されなかった額である。連邦通常裁判所は、破産手続中でも、新債権者はその賠償を請求する権限をもつものと解している。もっとも、ここで生ずる最初の問題、すなわち、破産管財人はそれと並行して有限会社法64条2項に従い取締役の責任追及ができるか否かという問題については、未解決のままとされた⁽⁴²⁾。また、これに続く問題、すなわち、誰が配当損害を主張する権限をもつのかという問題についても、未解決のままとされた。

その後の判例⁽⁴³⁾において、破産管財人は、新債権者の配当損害もその他の信頼利益(個人的損害)も行使しえないことが明確にされた。その反対

(40) BGH, Urt v 28 4 1997 - II ZR 20/96, ZIP 1997, 1542

(41) BGH, Urt v 7 11 1994 - II ZR 108/93, ZIP 1995, 211

(42) BGHZ 126, 181, 201

(43) BGH, Urt v 30 3 1998 - II ZR 146/96, ZIP 1998, 776, 777 f = BGHZ 138, 211

の結果として、配当損害の追求も、新債権者の手中に置かれることとなる。したがって、破産管財人は、新債権者と競合し、あるいは新債権者よりも先に、破産財団のために有限会社法64条2項に基づく請求権を行使することはできないのである。

連邦通常裁判所は、この判例において、旧債権者と新債権者とを区別し、旧債権者の配当損害と新債権者の配当損害との統一的理解に基づく行使を否定した。新債権者の配当損害は、新債権者が現実に被ったものであるはずなのに、この統一的理解によると、新債権者のために擬制されることになってしまうというのが、その主たる理由である⁽⁴⁴⁾。

学説⁽⁴⁵⁾において、この判例は、配当損害の主張に関して旧債権者と新債権者とを区別する点で、倒産法の施行後も維持することができるかという問題が持ちあがっている。その理由として持ちだされているのは、破産法には相当するものがなかった倒産法92条である。この規定によれば、倒産手続の開始前または開始後に倒産財団に属すべき財産の減少により倒産債権者が共同で損害（共同損害）を被った場合において、倒産債権者が有する賠償請求権は、倒産手続の係属中は倒産管財人だけが行使することができるものとされている。そこで、この規律は、旧債権者も新債権者も含むものであり、共同損害は、あるべき財団と現実の財団との差額ではなく、あるべき配当額と現実の配当額との差額であると主張されるのである。

これに対して、（現在および将来の）債権者の「共同」という概念を使用していても、すべての債権者について、適時に申立てがなされていたならば存在したであろうあるべき配当額が前提となるという結論には必ずしも至らないとする見解も主張されている。共同損害という概念は、新債権者の債権も含めて考慮すべき財団損害であると考えられるが、それでもな

(44) BGH, Urt v 30 3 1998 – II ZR 146/96, ZIP 1998, 776, 777, 779 f = BGHZ 138, 211

(45) Karsten Schmidt, ZGR 1998, 633, 665 ff, NZI 1988, 9, 13

お、新債権者についてもあるべき配当額が基準となることを必ずしも意味しないとされるのである⁽⁴⁶⁾。

こうした見解の対立が示しているように、法規の文言のみから結論を導くことは無理である。「債権者の共同」とか「共同損害」という概念をどのように理解すべきかという問題は、未解決であると言わざるを得ない。したがって、倒産法92条は、連邦通常裁判所がその判例を変更すべき決定打となるものではない。

もうひとつ問題がある。学説⁽⁴⁷⁾において、旧債権者の損害と新債権者の損害との区別は、実際には困難なことであると指摘されているが、このことから、倒産管財人は、もっぱら旧債権者の損害を主張すれば足りることになるのかどうかである。倒産法92条は、旧債権者の財団損害も新債権者の財団損害も含むものであるから、配当損害の主張は、もはや新債権者ではなく、倒産管財人の権限に数えるべきことである。

C. 有限会社法64条2項に関する問題点

続いて、有限会社法64条2項1文による有限会社取締役の責任に関する2つの問題を論ずることにする。

この際、あるひとつの事例から出発することにしよう。この事例は、連邦通常裁判所の、ある判決⁽⁴⁸⁾の基礎事実と、ある上告不受理決定⁽⁴⁹⁾の基礎事実とを素材とし、かつ両者を結びつけたフィクションである。

事例：ある有限会社の社員総会において、当該会社は支払不能であることが確認された。そこで、社員総会は、取締役、倒産手続の開始申立て

(46) *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, 673, 674 f

(47) *Dauer-Lieb*, ZGR 1998, 617, 627 ff, *Karsten Schmidt*, ZGR 1998, 633, 667 f

(48) BGHZ 131, 325 = ZIP 1996, 420

(49) *Beschl v1221996 - II* ZR 63/95 (OLG Dusseldorf 6 U 272/93)

をするように命じた。取締役は、その通りに行動した。ところが、取締役は、なおも次の2つの支払いをした。第1に、当該会社が（ペルシア）湾岸地域に住む取引相手からの依頼で物の運送という給付をなすべき債務を負い、しかし当該取引相手は直ちにその報酬を支払う意思がないという状況において、取締役は、ある別の運送会社を通じて当該運送給付を実現するとともに、この運送会社にその報酬を即金で支払ったことである。第2に、取締役は、社員総会に居合わせていた会社債権者数名に対し、延滞していた弁済金を支払ったことである。その後、倒産管財人は、取締役に対し、これらの支払いに対する賠償を請求した。これに対し、取締役は、第1の支払いについては、運送会社の運送給付をもって、倒産財団はこの運送会社に支払った報酬に対する完全な反対給付を得ていると反論し、第2の支払いについては、倒産管財人は会社債権者数名に対する支払いを否認し、支払相当額を倒産財団にもどすことができたはずなのに、消滅時効にかかる前に否認することを怠ったと反論した。

I 有限会社法64条2項の意味における支払い

取締役は、第1の支払いについて、次のように反論する。すなわち、運送会社に支払った報酬について賠償をする必要はない、なぜなら、運送は運送会社により実現され、よって倒産財団は**完全な反対給付**を得たからである、と。この反論は、正当であると思われる。取締役の支払いに対する完全な反対給付があり、よって将来の倒産財団がこの支払いにより減少していない場合には、有限会社法64条2項1文による取締役の責任を認める余地はない。なるほど、それと同時に、反対給付は、相当の対価を得ていないのに、倒産財団からなくなっている。会社は、第三者たる運送会社を通じて運送給付を実現したが、湾岸地域に住む取引相手からの弁済を受けていない。つまり、第三者たる運送会社に支払った報酬ではなく、この報酬であがなわれた運送給付が、倒産財団から「なくなっている」のである。

そこで、有限会社法64条2項1文に従えば、倒産管財人は、取締役に対し、当該取締役が支払不能の発生後にした運送給付についての価額賠償を請求することができるかどうかの問題となる。法律の文言が取締役に義務づけているのは、もちろん「支払い」についての賠償のみである。しかし、支配的見解⁽⁵⁰⁾によれば、取締役の責任は、金銭の支払いについての賠償に限らない。債権者のために維持すべき会社財産は、金銭の支払いだけではなく、その他の供給および給付によっても減少しうる、というのがその理由である。その典型事例は、物を供給した場合である。取締役が会社の所有物を相当の対価なしに譲渡した場合、債権者の満足のための引当財産である倒産財団は減少する。しかし、労務の提供や仕事の完成も同様である。これらも、冒頭の事例のように「あがなわれた」場合であろうと、会社自身の物資や人材を投じてもたらされた場合であろうと、財産的価値を有するものである。取締役が金銭の支払いをしなかったなら、倒産財団には相当の金銭が残っている。これに対して、取締役が労務の提供または仕事の完成をしなかったなら、倒産財団は、その供給のための資金を使わずに済み、さらには、その他の利益になる方法、あるいは少なくとも損失にはならない方法をもって、その供給を実現することもできることとなる。会社自身が資金を捻出して労務の提供または仕事の完成をするときは、倒産財団は、相当の財産的価値を失うことになってしまうのである。

連邦通常裁判所は、当初、有限会社法64条2項の意味における支払いとは何らかの供給を含むものであるかどうかの問題について、未解決のまま

(50) *Baumbach/Heuck/Schulze-Osterloh*, 前掲注(11), § 64 Rn 14, *Rowedder*, 前掲注(17), § 64 Rn 16, *Lutter/Hommelhoff*, 前掲注(11), § 64 Rn 8b, *Scholz/Karsten Schmidt*, 前掲注(15), § 64 Rn 24, *Roth*, GmbHG, § 64 A 32, *Maser/Sommer*, BB 1996, 65, 66 参照。異説は、*Fleck*, GmbHR 1974, 224, 230 Fn 68 および *Meyer-Landrut*, GmbHG 1987, § 64 Rn 12 なお、*Hachenburg/Ulmer*, 前掲注(15), § 64 Rn 40 によれば、会社財産のその他の目的物の引渡しについては、支払いと同様に取り扱われるべきものとされる。

とした⁽⁵¹⁾。その後、1994年⁽⁵²⁾の決定理由において、支配的見解に従い、取締役の責任は、会社財産を減少させる**すべての供給**について生ずるものと解することを明らかにした。つい最近の上告不受理決定⁽⁵³⁾では、1994年の決定がその問題に対する見解を明らかにしているので、それ以上に言及する必要はないとしている。

II 取締役の責任と否認

取締役は、第2の支払いについて、次のように主張することができるだろうか。すなわち、倒産管財人は、倒産法129条以下に従い、会社債権者に対する支払いを否認することができたのに、倒産法146条の定める否認的請求権（Anfechtungsanspruch）の時効期間を徒過したため、倒産財団を増殖するための確かな機会を逃してしまった、と。法律によると、取締役は、否認の要件が存在しないとか、否認的請求権の実現が不可能であるため、否認によっては取締役による支払いがなかった状態に戻すことができないという場合に限り、つまり補充的に責任を負うものとはされていない。そこで、取締役が有限会社法64条2項1文に基づく請求を受けている場合において、倒産管財人が否認の機会を逃してしまったことを持ちだすことができるのは、取締役がそれを根拠に倒産管財人に対して**損害賠償請求権**を有し、かつ、この損害賠償請求権から**倒産財団に対する抗弁**を導くことができるときに限られることとなろう。

1 倒産管財人の倒産特有義務

倒産法60条1項1文によれば、倒産管財人は、倒産法が課している義務について有責に違反したときは、すべての関係人に対して損害賠償義務を

(51) BGH, WM 1986, 237, 239

(52) BGHZ 126, 181, 194

(53) 注(36) 参照。

負う。政府草案の理由書⁽⁵⁴⁾によると、倒産管財人がその資格において課される義務は、倒産法の数多くの規定において定められているところ、倒産法60条1項1文の規定は、倒産管財人の責任が氾濫する危険を予防するものとなる。すなわち、倒産管財人の責任は、法律上、倒産特有義務に違反した場合に限定されている。これに対して、破産法は、こうした限定をしていなかった。すなわち、破産法82条によれば、破産管財人は、すべての関係人に対し、その資格において課された義務の履行について責任を負ったのである。Fritz Baur⁽⁵⁵⁾に続き、連邦通常裁判所は、1986年以降の確立した判例⁽⁵⁶⁾において、破産管財人の**破産特有義務とその他の義務**とを区別した。すなわち、破産法82条の意味における関係人となるのは、破産管財人がその資格において課された義務を履行しなければならないその相手方であり、そうした義務は、破産法の規定に基づくもの、つまり破産特有義務である。これに対して、その他の義務とは、各種の代理人と同様に、破産財団の管財人が履行しなければならないのだが、違反した場合には破産財団のみが責任をもつこととなるものである。判例は、法律から直接、一連の破産特有義務を導いていた⁽⁵⁷⁾。すなわち、破産管財人は、破産者と、そして何より破産債権者に対し、破産債権についてできる限り多くの平等的満足を与えるよう配慮する義務を負い（破産法3条1項・117条以下・149条以下）、また、財団債権者に優先的な満足を与え（破産法57条）、ときには破産法60条の順位で満足を与え、取戻権者や別除権者の物的権利を顧慮しなければならなかった（破産法43条以下・126条・127条）。その他の破産特有義務については、連邦通常裁判所⁽⁵⁸⁾は、破産の目的から導いた。

(54) BR-Drucks 1/92 S 129, Uhlenbruck, 前掲注(1), S 369

(55) Gedachtnisschrift für Rudolf Bruns 1980, 241, 248

(56) BGHZ 99, 151, 154, BGHZ 100, 346, 350, BGH, ZIP 1987, 1398, 1399, BGHZ 103, 310, 314, BGHZ 106, 134, 136, BGH, ZIP 1989, 1584, 1587 f, BGH, ZIP 1990, 242, 245, BGH, ZIP 1993, 1886, 1891

(57) BGHZ 103, 346, 350, BGH, ZIP 1987, 1389, 1399, BGHZ 103, 310, 314, BGH, ZIP 1990, 242, 245

(58) BGHZ 99, 151, 155 f

例えば、企業を継続した場合に生ずる債務を破産財団から弁済しえないことが確認されたら、直ちに企業を清算すべき義務である。倒産法による倒産管財人の責任についても、こうした連邦通常裁判所の判例が通用する⁽⁵⁹⁾。

2 倒産財団および倒産債権者のために否認をする義務

破産管財人は、主として、破産債権についてできる限り多くの平等的満足を与えるよう配慮しなければならなかった。倒産管財人も同様である（倒産法1条1文・38条・159条）。したがって、獲得可能な財産をすべて倒産財団に組み込むこと、倒産財団の請求権を第三者に対して行使すること、そして何より、倒産債権者に不利益な財産減少を否認により回復することが、倒産管財人に特有の職務である⁽⁶⁰⁾。この際、成功の見込みがあり、かつ、訴訟を進行しても利益になるものと認められる場合には、裁判において、その請求権を行使しなければならない⁽⁶¹⁾。

つまり、倒産管財人は、倒産財団、ひいては倒産債権者のために、否認に成功の見込みがある場合には、否認をする義務を負うのである。この義務は、倒産管財人がその資格において課された義務である。したがって、この義務について有責な違反が認められる場合には、倒産管財人は、倒産法60条1項1文に基づき、人的責任を負うことになる。倒産手続の係属中は、新たに選任された倒産管財人のみがその請求権を行使することができる（倒産法92条2文）⁽⁶²⁾。倒産手続の終了後は、倒産管財人の義務違反により今まで以上の損失が生じた場合に限り、各倒産債権者は、比例的に損

(59) Uhlenbruck, 前掲注(1), S 90, Luke, Personliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, 72 参照。

(60) 破産管財人の場合も同様である。Jaeger/Weber, KO, § 82 Rn 1, Jaeger/Henckel, KO, § 36 Rn 2, Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch der Konkurs- und Vergleichsverwaltung, Rn 552, Kuhn/Uhlenbruck, 前掲注(2), § 82 Rn 9e, Kilger/Karsten Schmidt, 前掲注(2), A 1 参照。

(61) BGH, ZIP 1993, 1886, 1887 ff

(62) 従来判例も同様である。BGH, ZIP 1989, 1407, 1408 f 参照。

害賠償請求権を行使することができる⁽⁶³⁾。

3 取締役のために否認をする義務?

倒産管財人は、取締役のためにも、当該取締役による支払いを否認する義務があるかどうか、もうひとつの問題である。確かに、否認に成功した場合には、取締役の利益になる。なぜなら、倒産財団に金銭が返還されると、取締役の責任は軽減されるからである⁽⁶⁴⁾。また、取締役は、本来の意味において、倒産手続に「関係」するものではないが、これは妨げとはならない。なぜなら、倒産法60条の保護は、破産法82条の保護と同様、手続参加者に限らないからである⁽⁶⁵⁾。それでもなお、倒産管財人は、取締役のためにも否認をする義務があり、取締役が被った損害、すなわち、有限会社法64条2項1文による責任も、倒産法60条による保護範囲に入ってくる、という結論を導くことはできない⁽⁶⁶⁾。

ライヒ最高裁判所の傍論⁽⁶⁷⁾によれば、破産財団に対する債務者は、原則

(63) 従来の判例である。BGH, NJW 1973, 1198 参照。

(64) 明確にそう述べているのは、BGHZ 131, 325, 327 および *Scholz/Karsten Schmidt*, 前掲注(15), § 64 Rn 35 さらに, *Hachenburg/Ulmer*, 前掲注(15), § 64 Rn 43, *Rowedder*, 前掲注(17), § 64 Rn 23, *Lutter/Hommelhoff*, 前掲注(11), § 64 Rn 11, *Baumbach/Hueck/Schulze-Oesterloh*, 前掲注(11), § 64 Rn 19, *Maser/Sommer*, 前掲注(50), 66 および OLG Hamm, NJW-RR 1993, 1445, 1447も、取締役が破産管財人に対しまだ否認が実現可能であることを持ちだすことを認めているので、財団への返還は取締役の責任を軽減するものと考えているのであろう。

(65) 破産法82条に関する判例である。BGH, ZIP 1984, 1506, 1507, BGHZ 99, 151, 154, BGH, ZIP 1993, 48, 49 参照。

(66) 破産債権者の保証人として破産債権を履行しなければならない者は、例えば、連邦通常裁判所 (ZIP 1984, 1506, 1508) によると、破産法82条および89条の意味における関係人に属しない。すなわち、破産管財人の有責な行為に基づく破産財団の減損により破産債権者が破産財団から満足を得られなくなった分について、破産債権者が保証人に請求する場合には、保証人に損害が生ずることは確かである。しかし、破産管財人および債権者委員会の義務は、もっぱら間接的に財産的損害を被る者、すなわち、破産債権者の損失を通じて財産的損害を被る者にとって有利になるように拡大されてはならないものとされている。破産開始前の一般的譲渡禁止命令に違反して保管理人 (Sequester) が譲渡をしてしまったため、財団債権にはならず、破産債権にしかならない売上税債権の債権者も、判例 (BGH, ZIP 1993, 48, 49 および BGH, WM 1993, 1055 f) によると、破産法106条および82条の保護範囲に入らない。

(67) RG, KTS 1939, 142, 143, 賛成するのは, *Jaeger/Weber*, 前掲注(60), § 82 Rn 10

として、破産法82条の人的範囲に含まれない。破産管財人は、通常、彼に対して義務を負うのではなく、彼に対して権利を有するのみである、というのがその理由である。この一般論は、正当ではないと思われる。取締役の責任追及だけではなく、取締役がなした支払いの否認によっても、財団は填補されるのであるから、管財人による**債務者の選択**との関係において管財人に**義務**が生ずることは、ともかく最初から否定されるものではない。

ここで顧慮されるすべての債務者、すなわち、取締役および否認の相手方に支払能力があり、かつ、明らかな証拠があるために訴訟リスク（Prozeßrisiko）がない場合において、管財人が取締役に対して責任追及をするか、あるいは否認をするかは、財団、ひいては債権者にとっては、重要なことではない。冒頭の事例では、会社の支払不能を確認した社員総会の場に、支払いの受領者が同席していたため、明らかな証拠があるものと認められることになるが、いずれにせよ、このような事例は今まで希有であった。破産法の定める否認の主観的要件事実は、しばしばその立証が困難であった。従来、破産財団の欠乏が頻繁に生じていたが、否認権（Anfechtungsrecht）を実現しえないことも、その原因のひとつであったため、否認規定の改正も、倒産法改正の重要事項のひとつとされた⁽⁶⁸⁾。その結果、倒産法の定める否認の主観的要件事実は緩和され、倒産管財人の証拠負担は軽減されることとなった。債権者に対する本旨弁済は、破産法30条1号によれば、債権者が支払停止または開始申立てを知っていた場合に限り、否認することができたのに対し、倒産法130条2項によれば、支払不能または開始申立てを確実に推認させる事情を知っていたことで足りる。その上、倒産法130条3項によれば、倒産法138条の意味における債務者と親密な関係にある者（nahestehende Personen）に対しては、支払不能または開始申立てを知っていたものと推定される。したがって、倒産

(68) Begr zum RegE, 3 Abschnitt, BR-Drucks 1/92 および Uhlenbruck, 前掲注(1), S 97, 231 ff 参照。

法の施行後は、取締役がなした支払いの否認も、取締役に対する責任追及と同じくらいにリスクがなく、かつ成功の見込みもあると認められる事例が、従来と比べてずっと頻繁に生ずるものと思われる。そこで、取締役も否認の相手方も支払能力があり、かつ訴訟リスクがないために、どちらに請求しても倒産財団および倒産債権者にとって利益になる場合、倒産管財人は、どちらに請求をするのだろうか。すなわち、そうした状況において、取締役に対して責任追及をするか、あるいは否認をするか、倒産管財人にその**選択の自由**はあるのだろうか。

a) 取締役と否認の相手方との間の内部関係における責任

ここから先に進むための出発点となるのは、取締役と否認の相手方との間の**内部関係**において、どちらが最終的に責任を負うかの問題である。この問題は、判例および学説において、明確に論じられてはいない。しかし、実務においては、一般化した問題であるように思われる。連邦通常裁判所によれば、支払いが否認され、倒産財団に支払相当額が返還されると、取締役の利益となり、その責任は軽減されることとなる⁽⁶⁹⁾。学説は、否認による実現が見込まれる間は、取締役に給付拒絶権を認めている⁽⁷⁰⁾。判例も学説も、財団の補填について最終的に責任を負うのは、取締役ではなく、**否認の相手方**であることを前提としている。これは正しい。会社債権者は、会社が支払不能となり、倒産財団がすべての債務を弁済するのに十分ではなくなったとき、自己の債権の全部または一部について損失を生ずるというリスクを負っている⁽⁷¹⁾。損失を受けた債権者は、会社の取締役にその責任を追及することはできない。なぜなら、取締役は、会社の債務について責任を負うものではないからである。取締役の支払いにより債権全額につ

(69) BGHZ 131, 325, 327, 同説, *Scholz/Karsten Schmidt*, 前掲注(15), § 64 Rn 35

(70) 注(64)に掲げた文献参照。同説, OLG Hamm, NJW-RR 1993, 1445, 1447 異説として, *Windel*, KTS 1991, 477, 509 f, しかし, *Windel*も、将来否認が成功したときは、取締役に償還請求権を認めている。

(71) BGHZ 126, 181, 193 参照。

いて一旦満足を得ていた否認の相手方も、配当を受けるにとどまる。取締役の支払いがなかったとしても、彼はその損失を理由に、取締役にその責任を追及することはできない。したがって、有限会社法64条2項1文に基づく請求権と、倒産法130条および143条に基づく請求権とが競合する場合には、否認の相手方が倒産財団の補填について責任を負うこととなる。否認の相手方が倒産財団にその受領額を返還したなら、倒産法144条1項により、その債権は復活する。取締役は自由の身になる。

このような内部関係における責任から、次の2つの結論を導くことができる。ひとつは、有限会社法64条2項1文に従い賠償をする取締役に、否認の相手方との調整をはかるための法的根拠がないとしたら、倒産管財人は、取締役に対しても、否認に成功の見込みがあるときは、否認を主張すべき義務を負うものと解するほかないことである。もうひとつは、倒産管財人に、否認の相手方に代えて取締役に請求するという選択が残されたままだとしたら、倒産管財人は、**倒産リスク（Insolvenzrisiko）**——倒産した会社に対する債権について損失を受けたり、倒産した会社の損害について責任を負わざるをえないリスク——を、法秩序に従えば負担する必要がない者に負担させることができってしまう権利をもつものと解するほかないことである。すなわち、否認しうべき支払いにより減少した倒産財団が、取締役の財産によって填補されるときは、否認しうべき支払いにより満足を得た債権者は、**取締役の負担において満足を得たこと**となる。取締役としては、その限りにおいて、会社の財産減少を通じて生じた損害を受けることとなる。確かに、倒産債権者の利益において、取締役がそのことを甘受しなければならない場合がある。それは、否認にリスクがあるため、敗訴や一層の財団減少の危険につながるおそれがある場合である。しかし、取締役の責任追及に優先順位が認められない限り、倒産管財人に対し、——すべての債権者が倒産財団から**平等的満足**を受けるという倒産法上の一般原則に反して——少数債権者の完全な満足をそのままにしておくとも

に、その代わりに、取締役の財産によって倒産財団を填補する権利を与える理由はない。

倒産管財人は、否認に成功の見込みがあるときは、否認を主張すべき義務を負うものと解するなら、これに有責に違反したときは、倒産法60条1項1文に基づき、取締役に対して、人的にその責任を負うこととなる。一般原則に従えば、取締役は、倒産管財人に対する請求権を持ちだしても、倒産財団に対する抗弁を導くことはできない。もっとも、倒産管財人の義務違反について倒産財団が責任を負わなければならない場合であれば、倒産財団に対する抗弁を導くことができる。

倒産法55条1項1号によれば、財団債務となるのは、倒産管財人の行為により、またはその他の方法において倒産財団の管理、換価および配当により生じた債務である。破産法59条1項1号は、破産管財人の取引または行為に基づいて生じた請求権が財団債務になるものと定めていたが、倒産法55条1項1号は、實際上、これと異なるものではない⁽⁷²⁾。もっとも、従来の判例によると、損害賠償義務を生ずる管財人の行為のうち、どの行為について破産財団は責任を負わなければならないのか、その結論は必ずしも明確ではない。確かに、連邦通常裁判所の1962年の判例⁽⁷³⁾は、破産法82条に基づく損害賠償請求権が認められる場合であっても、それは破産財団にとって、破産管財人がその職務上の立場において招来した請求権に対する抗弁事由にはならないことを確認している⁽⁷⁴⁾。しかし、この判例においては、破産管財人の不適当な職務遂行に関する破産財団の責任問題は、一度も持ちだされなかった。この判例が基礎としたのは、おそらく、それ以前の判例である。すなわち、破産財団は、破産管財人の契約義務違反以外

(72) 政府草案の理由書 (BR-Drucks 1/92 S126) は、管財人の「行為」はそれまでの判例の意味において理解すべきものであることを確認している。Uhlenbruck, 前掲注(1), S361

(73) BGHZ 37, 75, 77

(74) 同説、BGHZ 131, 325, 329

の義務違反について責任を負う必要はないとされていたことである⁽⁷⁵⁾。しかるに、連邦通常裁判所は、破産管財人の不適当な職務遂行に関する破産財団の責任問題を顧慮することなく、破産財団は、破産法59条1項1号により損害賠償義務を生ずる破産管財人の行為については、破産管財人と連帯して責任を負うものであると繰り返し述べている。より厳密に言えば、破産財団の換価に関連して他人の特許権を侵害した場合⁽⁷⁶⁾、交通安全義務に違反した場合⁽⁷⁷⁾、および破産財団に属しない財産を売却した場合⁽⁷⁸⁾である。破産法82条による損害賠償請求権を生じる原因となった破産管財人の義務違反のうち、どの義務違反が破産財団の責任にもなるのか、あるいは、破産財団は、破産管財人による絶対権（*absolutes Recht*）の侵害のみ責任を負うのかどうか、それらの結論については、これらの判例から窺い知ることとはできない。冒頭の事例の基礎となった連邦通常裁判所の1995年の判例⁽⁷⁹⁾は、破産管財人のどの義務違反について破産財団は責任を負わなければならないのかという問題について、明確に言及してはいない。この判例によれば、破産管財人には否認権を行使する義務があるとしても、破産財団は取締役のために否認権を優先的に行使する義務を負うものではないため、取締役はその給付義務から解放されない。もしそうだとすると、破産管財人だけが第三者に対して負うべき義務と、破産財団が破産管財人を通じて履行すべき義務とを区別することとなる。

これに対して、最近の学説は、民法31条の直接または類推適用により、破産管財人の行為のうち管財業務に関連して損害賠償義務を生ずる原因となったものについて、破産財団は包括的に責任を負うものと主張してい

(75) OLG Munchen, BayRpflZ 1930, 213 f 参照。

(76) BGH, KTS 1976, 48, 49 f

(77) BGH, ZIP 1987, 1398, 1400, この判例は、民法823条1項および破産法59条1項1号を拠り所としたものである。

(78) BGH, KTS 1958, 142, 143 および BGH, WM 1989, 1815, 1816, 前者の判例は、民法280条・282条および破産法59条1項1号を、後者の判例は、民法989条および破産法59条1項1号を拠り所としたものである。

(79) BGHZ 131, 325, 329

る⁽⁸⁰⁾。すなわち、特別財産の管理の場合においては、原則として、管理人の管理に起因する義務違反については、管理されるべき財産が責任を負うものとされているが、これと同様の主張である。

この見解に対する論評はしない。なぜなら、実現可能な否認的請求権を優先的に行使するという倒産管財人の義務を承認する必要は、そもそもあるのか、まずこれを解明しなければならないからである。

b) 内部調整の可能性

実現可能で、かつ訴訟リスクもない否認的請求権を優先的に行使するという倒産管財人の義務を承認する必要があるのは、——すでに述べたように——有限会社法64条2項1文に従い賠償をする取締役に、否認の相手方と調整をはかることができる法的根拠がない場合に限られる。この場合においてのみ、取締役に対する責任追及をするという倒産管財人の決定は、法秩序に従えば負担する必要がない者に対し、会社の倒産というリスクを負担させることになる。そこで、内部調整の法的可能性が決定的な問題となる。

取締役が賠償をしたからといって、否認的請求権は消滅しない。損害賠償法において発展した利益調整原則は、一般的見解によれば、債権者の利益に関わる否認権にはあてはまらない⁽⁸¹⁾。ついでに言えば、一般的原則に従っても、否認の相手方は、内部関係において責任を負うのであるから、

(80) とりわけ、Kuhn/Uhlenbruck, 前掲注(2), § 82 Rn 2c, 14 および Jaeger/Henckel, 前掲注(60), § 6 Rn 46, 加えて、Baur/Sturner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. 2, Rn 10 21, Luke, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, 108 ff., ders., 前掲注(59), 1 ff., Botticher, ZZZ 77(1964), 55, 71 ff., MuKo-Reuter, BGB, § 31 Rn 12, 結論において同旨であるが、破産法59条1項1号を直接拠り所とするものとして、Heilmann/Klopp, in Insolvenzrechtshandbuch (Hrsg. Gottwald), § 57 Rn 4 および Hess, KO, § 59 Rn 52 Kilger/Karsten Schmidt, 前掲注(2), § 6 A 6d は、破産管財人は第三者たる清算人として活動するものであることを理由に、法人の破産の場合には民法31条を直接適用することができるものと解している。

(81) BGH, BB 1952, 868 および BGH, WM 1960, 377, 379, Jaeger/Henckel, 前掲注(60), § 37 Rn 135, Kilger/Karsten Schmidt, 前掲注(2), § 29 A 13, Mohrbutter/Mohrbutter, 前掲注(60), Rn 566 参照。

取締役が賠償をしたからといって、その負担は軽減されない。

いずれにせよ、倒産財団は、否認すべき支払いがなされなかったなら存在していたであろう状態よりも良くなることはない。取締役が賠償をした後でも、倒産財団がなお否認の相手方に請求をして、返還を受けたものを保持することができるとしたら、倒産財団は理由なくして得をすることになってしまう。

債権者が2人の債務者に対する請求権を有しつつも1つの給付しか認められず、かつ、内部関係において責任を負わない債務者がその給付をした場合には、法定債権移転（gesetzliche Forderungsübergang）が認められることがある（例えば、保険契約法67条、貸金支払継続法4条、連邦公務員法87条a）。法定債権移転が認められない場合でも、判例および学説は、民法255条の類推により、給付債務者において、債権者にその他方債務者に対する債権の譲渡を求めることができる請求権を認めている。連邦通常裁判所⁽⁸²⁾がそのような判例をだした事案は、破産財団に2つの請求権があったというものである。すなわち、破産管財人が破産法の強行規定に違反して、何人かの破産債権者に対し法定配当額を超える金銭を支払い、破産財団を減少させたため、破産管財人は、破産法82条により、損害賠償義務を負うこととなった。同時に、違法な配当を受けた破産債権者は、民法812条1項1文により、その違法に受けた給付を返還する義務を負うこととなった⁽⁸³⁾。もっとも、損害賠償を求める請求権と法律上の原因なき利得の返還を求める請求権とが同時に存在することは、破産財団の不当利得とはならない。損害賠償をした破産管財人は、民法255条の類推により、利得返還請求権の譲渡を請求すること、または破産財団に回復された給付を破産財団から取りあげることができる。

これを踏まえると、有限会社法64条2項1文に基づく賠償請求権が倒産

(82) BGH, ZIP 1989, 1407, 1409

(83) これについては、Jaeger/Henckel, 前掲注(60), § 6 Rn 154, 155 参照。

法143条に基づく原状回復請求権と競合する場合には、賠償をした取締役は、民法255条の類推により、否認の相手方に対する請求権の譲渡を請求することができるはずである。

しかし、従来の判例によれば、否認的請求権は、譲渡することができない⁽⁸⁴⁾。これを踏まえると、その解答は破綻するものと思われる。倒産法の施行後も、その状況は変わらないだろう。なぜなら、破産法36条が否認権の行使を（専属的に）破産管財人に割り当てているのと同様、倒産法129条によれば、（もっぱら）倒産管財人が否認することができるものとされているからである。ライヒ最高裁判所は⁽⁸⁵⁾、否認権と破産手続との「切り離せない関係」から、否認的請求権は譲渡することができないものであると解した。この関係は、次のことから明らかになるという。すなわち、否認すべき行為により逸失した物は、破産財団に返還されること、その反対給付は、それが破産財団に現存する場合、または破産財団がその価額に相当する利益を得ている場合には、破産財団から償還され、それ以外の場合には、破産債権として主張することができるのみであること、および、否認の相手方の債権は、受領物の返還をもって復活し、かつ破産債権として主張することができることである⁽⁸⁶⁾。ライヒ最高裁判所は、その拠り所を次の点に求めている。すなわち、破産者は、否認の相手方から返還を受けるのと引き換えに、完全な範囲において義務を負い続けることになるが、否認の相手方から破産財団に支払われた対価は、それ以下の価値しかもてないことである。この場合、否認の相手方の状況も悪化する。なぜなら、否認の相手方が破産財団に返還した物は、その反対請求権に対する配当額

(84) RGZ 30, 71 参照。連邦通常裁判所も、否認権は破産管財人の職務と切り離せない関係にあることを繰り返し強調している。BGHZ 83, 103, 105, BGHZ 86, 191, 196, BGHZ 106, 127, 129, BGH, KTS 1992, 635, 637 参照。

(85) RGZ 30, 71, 75 f

(86) ライヒ最高裁判所は、破産法37条1項、38条および39条の規定から、否認権と破産手続との「切り離せない関係」を明らかにしたのであるが、これらの規定は、倒産法（143条1項および144条）に継受されている。

の確定において、割合的にしか否認の相手方の利益にならないからである。否認の相手方が返還した場合も、配当額の算定のために顧慮されるのは、破産財団に支払われた対価のみなのである。

学説も、否認権は原則として譲渡することができないということから出発するが⁽⁸⁷⁾、異なる観点から譲歩し、あるいは例外を認めようとしている。すなわち、第1の見解によれば、管財人は、第三者に対し、任意的訴訟担当の方法により、財団のために否認権を行使する権限を与えることができるものとされる⁽⁸⁸⁾。第2の見解は、否認すべき行為が金銭の支払いであった場合や、否認的請求権が後発的に価額賠償請求権に転換していた場合のように、否認的請求権が初めから価額賠償を求めるものである場合に限り、例外を認めようとしている⁽⁸⁹⁾。第3の見解によれば、もっぱら譲渡により破産法上の換価目的を斟酌することができるものとされる⁽⁹⁰⁾。

この際、倒産管財人だけが否認的請求権を行使しうるものとするなら、賠償をした取締役のために調整をはかることができるのは、当該取締役が倒産管財人に対し、否認と、倒産財団に返還された物の掃出しとを請求することができる場合に限られることとなる。もちろん、この「解答」からは何も得られない。すなわち、この解答は、倒産管財人をして、否認の相手方に対して優先的に責任追及をしなければならないことから免れさせるものであるし、また、取締役に対して責任追及をしたときは、否認の相手方にも請求することを強いるものである。

もっとも、目下の特別な事例において、否認的請求権の譲渡、あるいは少なくとも取締役の任意的訴訟担当による行使を認めることに反対してい

(87) *Kuhn/Uhlenbruck*, 前掲注(2), § 36 Rn 10, *Hess*, 前掲注(80), § 36 Rn 3, *Baur/Sturner*, 前掲注(80), Rn 20 2 異説として, *Eckardt*, KTS 1993, 585 ff *Eckardt*に続き, *Kreft* in *HK-InsO* § 129 Rn 88

(88) *Kilger/Karsten Schmidt*, 前掲注(2), § 36 A 2

(89) *Jaeger/Henckel*, 前掲注(60), § 36 Rn 83

(90) *Braun*, ZIP 1985, 786 ff

るわけではない⁽⁹¹⁾。管財人は、法的追求について保護に値すべき利益を有する第三者に対して、自己の名において財団所属債権を訴訟上行使する権限を付与しうることが、一般的に承認されている⁽⁹²⁾。否認権の譲渡可能性に対するライヒ最高裁判所の考えは、財団が取締役の賠償により、否認の相手方から返還されるべきものを獲得済みである場合にまで行き届くものではない。この場合、財団は、否認的請求権の行使にまったく無関心である。なぜなら、否認の相手方は、配当に参加しないからである。また、有限会社法64条2項1文に従い取締役が賠償をする際、否認の相手方が破産または倒産手続において得たであろう配当額は控除される⁽⁹³⁾。同様に、否認の相手方も、配当予想額を超える部分の返還のみが義務づけられる。

この特別な事例において、否認権を譲渡すること、あるいは任意的訴訟担当により行使することを肯定するときは、取締役は、民法255条の類推により、譲渡または自己の名において行使するための授權に対応する部分についてのみ責任を負うこととなる。

c) 結論

このような内部調整が可能ならば、否認に成功の見込みがある場合と、リスクがある場合とを区別する理由はない。否認に成功の見込みがある場合でも、倒産管財人は、一般原則の通り、どちらの債務者に対して請求をするかの**選択権**を有する。これに対し、取締役は、やはり一般原則の通り、否認に成功の見込みがある場合でも、**停止条件付給付拒絶権**をもたない⁽⁹⁴⁾。倒産管財人から請求された場合は、むしろ、否認の成功の見込みを調査し、

(91) *Muller*, ZIP 1996, 1153, 1155 は、この事例において、取上げ (Abhebung) を認めようとする。否認的請求権は、取締役の賠償により、もはや財団に属しない、というのがその理由である。

(92) BGH, ZIP 1989, 1407, 1409

(93) 例えば、*Scholz/Karsten Schmidt*, 前掲注(15), § 64 Rn 35 および *Hachenburg/Ulmer*, 前掲注(15), § 64 Rn 38 参照。

(94) 支配的見解とは異なる。前掲注(50)参照。ここでは、*Muller*, 前掲注(91), 1153 ff に従う。

ときには自己の費用と自己のリスクにおいて調整を試みることとなる。

倒産管財人は、否認の相手方に対して優先的に請求をするという義務を負わないため、取締役の損害賠償請求権は、倒産管財人が否認的請求権を行使して倒産財団を填補することをしなかったことを拠り所として成立することはない。

まだ論及していないのは、その他の義務違反は管財人の負担となるかどうかである。

民法255条の類推により、賠償を請求された取締役は、否認権の譲渡、または自己の名において否認権を行使するための授權を請求することができる。この（反対）請求権は、破産法41条の否認期間の経過をもって否認権が消滅してしまったら、法律上の原因に基づいて履行することは不可能となる。倒産法によれば、否認的請求権は、確かに、期間の経過によって消滅することはないが、しかし、消滅時効にかかることはある。倒産法146条により消滅時効にかかってしまった否認的請求権でも、確かに、なお譲渡すること、または任意的訴訟担当により取締役が行使することができるが、しかし、否認の相手方が消滅時効の抗弁を提出したときは、取締役のための調整は不可能である。

管財人の都合により、（法律上または経済上）内部調整が不可能になってしまうことがあるものだとしたら、確かに、管財人は、取締役に対し、破産法82条あるいは倒産法60条1項1文による人的責任を負わない。なぜなら、自己の給付を不可能にしないという義務は、破産あるいは倒産特有義務ではなく、一般的義務だからである。しかし、民法280条、破産法59条1項1号、倒産法55条1項1号に従うなら、取締役は、財団に対して損害賠償請求権を取得し、これをもって自己に対する責任追及に対抗することができることとなる。

なるほど、破産管財人が否認権を放棄して、あるいは倒産管財人が否認的請求権を免除して、その消滅をもたらした場合には、民法280条の要件

事実はみたされている⁽⁹⁵⁾。しかし、この場合、否認権は、管財人の作為ではなく、不作為に基づいて消滅し、あるいは行使できなくなったために、その価値を失っている。管財人は、否認権を裁判上行使して期間の進行を中断させることをしなかった。不作為が意味をもつのは、法的行為義務がある場合に限られる。

否認権の譲渡または任意的訴訟担当による行使が認められる場合に内部調整が可能となる点に鑑みると、実現可能な否認権の優先的行使という管財人の義務は否定される。この内部調整の特殊性、例えば、否認除斥期間または消滅時効期間が短いことについて、取締役は甘受しなければならない。ともあれ、信義誠実から、次のような管財人の義務を導くことはできよう。すなわち、否認除斥期間または消滅時効期間の経過前に、どちらの債権者に対して請求するかを決定する義務と、当該期間の経過を自ら中断し、または一定の時点までに取締役に請求する義務である。というのも、否認権はなお現存し、かつ消滅時効にかかっていないからである⁽⁹⁶⁾。

では、連邦通常裁判所の1995年の判例に依拠した冒頭の事例に立ち返ろう。すでに明らかなように、必要な事実関係がそろっていない。付け足す必要がある。それは、破産手続が1992年7月10日に開始され、破産管財人は同年9月、取締役に賠償を請求したものの徒労に終わり、そこで同月、督促決定を得たことである。つまり、否認権がなお現存している間に、取締役は請求を受けたことである。取締役は、否認権の譲渡を請求しなかったし、——否認権は譲渡できないと解するなら、これに代えて——訴訟追行のために必要な手段を用意して破産管財人に否認を要請することもしなかった。取締役は、有限会社法64条2項1文の要件事実がみたされておら

(95) これに対して、OLG Celle, WtB 1997, 1093, 1094 f. の見解によれば、賠償を請求された取締役は、管財人が偏頗弁済を受けた債権者との間で締結した和解に基づいて否認権が消滅したことを主張することはできない。

(96) 同説、Müller, 前掲注(91), S1156 f

ず、よって義務を負わないと考えていたため、給付の準備さえしていなかった。このように、取締役は事実上および法律上の評価を誤ったのであるが、これは取締役の負担となる。これとは反対に、破産管財人がその評価を誤り、取締役に対し不当に請求していたのであれば、破産管財人は、破産法82条——今日では倒産法60条1項1文——により、破産財団に対し否認権の不行使について責任を負うこととなる。

4 残された問題

連邦通常裁判所に従うとしたら、目下の特別事例において、否認権は譲渡可能なものなのだろうか。あるいは、任意的訴訟担当により行使ができるものなのだろうか。冒頭の事例の基礎とした判例⁽⁹⁷⁾からは、その結論はでてこない。賠償義務を負う取締役は、否認権の消滅後、給付を拒絶する権限をもたない。これに対して、否認がなお実現可能で、かつ成功の見込みがある間、取締役は停止条件付給付拒絶権をもつかどうかであるが、この点、この判決は未解決のままである。また、否認に成功の見込みがあるのにその主張をしなかった破産管財人に対して破産財団が実現可能な損害賠償請求権を有する間、取締役は停止条件付給付拒絶権を（も）もつかどうかであるが、この点も明確に述べられてはいない。しかし、間接的には否定されることとなる。すなわち、破産財団が破産管財人から現実に損害賠償を得た場合は、取締役の責任を軽減することができると述べている。さらに、この判決は、「破産管財人が法定の否認期間を無駄に過ごす」ままにして、否認とは反対の決断をした場合には、破産管財人は、破産債権者たちの満足の見込みと、——法的に保護されてはいないが——破産管財人に信託された取締役の利益とを侵害することになるものであることを確認している。しかし、このことのみでは、賠償をする用意をした取締役と

(97) BGHZ 131, 325

しては、なお現存する否認権の譲渡を請求することができるかどうか、そして、この場合において、破産管財人は、否認権が消滅したら取締役に賠償を請求することができる権限をもつのかどうかという問題に対して、確かな解答を導くことはできないのである。

(訳者・本学法学部助教授)